

LA MAGIA DEL PRONOMBRE «MÍO»

Reflexiones sobre el miedo insuperable con ocasión de la STS 240/2016, de 29 de marzo

(RJ 2016\2551, Pte. VARELA CASTRO)

Jesús Martín Muñoz

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

Resumen: En el presente trabajo reflexionaremos sobre el modo en que doctrina y jurisprudencia caracterizan a la eximente de miedo insuperable, prevista en el artículo 20.6.º del Código Penal español, con ocasión de la reciente Sentencia 240/2016, de 29 de marzo, del Tribunal Supremo, que la aplica de forma incompleta junto con la de legítima defensa.

Palabras clave: Miedo insuperable, legítima defensa, inexigibilidad, jurisprudencia.

Abstract: In this paper we will reflect on how the defence of «unconquerable fear» (ordinary fortitude), set in Article 20(6) of the Spanish Criminal Code, is treated in literature and case-law with regard to the recent Sentence of the Spanish Supreme Court 240/2016, of March 29th, which applies it partially together with self-defence.

Key words: Unconquerable fear, ordinary fortitude, self-defence, duress, case-law.

1. Punto de partida: en busca de un fundamento y una naturaleza jurídica coherentes entre sí

En la vigente redacción de nuestro Código Penal (CP) sólo se señala lo siguiente sobre el miedo insuperable en el (art.) 20.6.º: «*Están exentos*

de responsabilidad criminal (...) el que obre impulsado por miedo insuperable (sic)».

Incoherencias gramaticales aparte, **lo único que sobre esta eximente está claro es su efecto**: si se considera que quien ha cometido un hecho aparentemente delictivo lo ha hecho «*impulsado por miedo insuperable*», quedará exento de responsabilidad criminal. Esta regulación, asombrosamente parca, deja sin clarificar cuestiones tan importantes como los requisitos exigidos para la apreciación de la eximente, cuál es la razón por la que se ha de apreciar esa exención de pena o de qué modo se entiende que se produce esa exención; por ejemplo, si procede por la exclusión de la antijuridicidad, de la culpabilidad o hasta de la punibilidad.

Este silencio ha motivado que la eximente de miedo insuperable sea una de las menos aplicadas en nuestra praxis forense —por no decir, directamente, que es la que menos se ha aplicado—. Y lo cierto es que las reflexiones de la doctrina no sólo son también escasas sino que, además, son contradictorias. De ahí que ciertas voces hayan clamado por su **supresión** por tratarse de una figura absolutamente superflua cuya eficacia eximente bien podría quedar absorbida, en su caso, por otras dos instituciones sobre las que el CP es algo más explícito y sobre las que existe un acuerdo mucho mayor con respecto a su configuración: el **trastorno mental transitorio** del art. 20.1.º y el **estado de necesidad** del art. 20.5.º.

Con todo y con tanto, aun a día de hoy pueden verse ciertos pronunciamientos judiciales que pretenden efectuar una categorización del miedo insuperable autónoma de cualesquiera otras figuras del ordenamiento jurídico, defendiendo su supervivencia como eximente independiente. El más reciente hasta el momento es la **Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 240/2016, de 29 de marzo** (RJ 2016\2551, Pte.: VARELA CASTRO).

Pues bien, siendo tan puntuales los momentos en que los órganos judiciales se pronuncian acerca de la estructura y caracteres del miedo insuperable, es clara la vital importancia que tiene que el Alto Tribunal se esfuerce en establecer criterios jurisprudenciales claros acerca de su fundamento y naturaleza jurídica. Ahí es donde reside, en nuestra opinión, la relevancia de esta reciente STS, que comentaremos en las próximas páginas. No obstante, en esta ocasión, en la que el TS contaba con una oportunidad magnífica para solucionar problemas dogmáticos que llevan arrastrándose desde hace varias décadas —por no decir que varios siglos—, el juicio de la Sala Segunda se alinea con una serie de tendencias tradicionales que emborronan hasta casi hacer desaparecer los perfiles del miedo insuperable. Y ello pese a que en esta Sentencia puede apreciarse un nada desdeñable esfuerzo por distinguir al miedo insuperable del trastorno mental transitorio del art. 20.1.º CP, una de las figuras a las que más se le ha pretendido asimilar a lo largo de su historia.

Dicho lo cual, en la línea de autores como MARTÍN LORENZO y VARONA GÓMEZ, trataremos de efectuar un comentario de la STS 240/2016, de 29 de marzo, intentando mantener, por vía del principio interpretativo de vigencia, la autonomía e independencia del miedo insuperable frente al resto de eximentes del catálogo del art. 20 CP.

Y ello lo haremos, siguiendo la línea de los autores mencionados, tratando de hallar, en primer lugar, el **fundamento** del miedo insuperable; ese fundamento ha de hallarse en disposición de explicar «**por qué**» exime de pena esta figura. O, en palabras del propio VARONA GÓMEZ (2001: p. 141), «*por qué es preferible un ordenamiento penal que contemple la eximente de miedo insuperable a otro que no la contenga*». Esto nos obliga, dado el estatus *de lege lata*, a efectuar una toma de partido sobre los postulados del *ius puniendi* en un determinado modelo de Estado: *ex art. 1.1 de la Constitución Española de 1978 (CE)*, España se constituye como un **Estado social, democrático y de Derecho**. Por lo tanto, en sede de fundamento trataremos de explicar «por qué» un Estado de esas características *debe* contemplar, si desea seguir siendo tal, el miedo insuperable como eximente autónoma.

Sólo una vez que se haya aprehendido cuál es el fundamento del miedo insuperable en la forma que acabamos de escribir, se estará en disposición de aventurar cuál es la **naturaleza jurídica** de esa eximente. Se trata, en definitiva, de ubicar al miedo insuperable en la concreta categoría de la teoría jurídica del delito que resulte más coherente con las razones que determinan que, en un Estado social, democrático y de Derecho, las conductas desempeñadas bajo su influjo *deban* considerarse impunes. En otras palabras, si el fundamento responde a la pregunta de «por qué» exime el miedo insuperable, la naturaleza jurídica respondería a la pregunta de «**cómo**» se produce, dogmáticamente, esa exención.

Sentadas estas consideraciones, pasamos a exponer un resumen de los hechos y de la *ratio decidendi* del Alto Tribunal en la STS 240/2016. No sin antes recordar, no obstante, que en esta STS la Sala Segunda, pese a desempeñar un loable esfuerzo en encontrar un fundamento autónomo para la eximente objeto de análisis, vuelve a caer, sobre todo a la hora de enunciar los requisitos que determinan la estimación del miedo insuperable, en consideraciones tradicionalistas que conllevan la falta de un terreno propio para esta eximente. Parece, por tanto, que la jurisprudencia, aun a día de hoy, no ha conseguido elaborar una interpretación convincente que permita concluir que el miedo insuperable *deba* continuar existiendo como eximente separada en el ordenamiento jurídico-penal de un Estado que, como el nuestro, se defina como social, democrático y de Derecho.

2. Resumen del relato fáctico y jurídico relevante de la STS 240/2016, de 29 de marzo

2.1. *Los hechos declarados probados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de 28 de julio de 2015*

El caso decidido por la STS 240/2016 es el del llamado aquí **D. Norberto León**, condenado, por Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca de 28 de julio de 2015 (PROV 2015, 218843) por dos delitos: uno de **homicidio** del art. 138 CP, cometido contra la persona de **D. Bernardo Teodulfo**, y otro de **lesiones** de los arts. 147 y 148.1.º CP en la redacción vigente antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, cometido contra la persona de **D. Raúl Elías**.

Las penas asignadas a ambos delitos se vieron reducidas, no obstante, por la estimación de la atenuante de reparación del daño del art. 21.5.^a CP y, en lo que nos interesará para ulteriores consideraciones, por la apreciación de una **eximente incompleta de legítima defensa** del art. 21.1.^a CP en relación con el art. 20.4.º del mismo cuerpo legal. Así, por el homicidio de D. Bernardo Teodulfo, D. Norberto León fue condenado a la pena de dos años y seis meses de prisión más la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y, por el delito de lesiones cometido contra D. Raúl Elías, D. Norberto León fue condenado a otra pena de seis meses de prisión con igual accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Los hechos declarados probados por la SAP de Cuenca se transcriben en su integridad en el Antecedente Primero de la STS 240/2016. Tal relato de hechos probados refiere los acontecimientos que tuvieron lugar la madrugada del día 20 de mayo de 2011, hacia las 5:00 horas. En dicha fecha y hora, **D. Raúl Elías y D. Bernardo Teodulfo intentaron atracar el estanco regentado por D. Norberto León**, sito en el municipio de Sisante, en Cuenca. Para ello, equipados con pasamontañas y guantes, arrancaron la reja metálica de fuelle que protegía la entrada al mencionado establecimiento. Ello lo realizaron enganchando un extremo de un cable de acero a la reja metálica en cuestión y otro a la parte trasera de un vehículo de marca Seat León que los dos atracadores habrían sustraído días antes.

Una vez arrancada esa reja, rompieron con una maza el cristal de la puerta de entrada al estanco para facilitar una vía de acceso al establecimiento y a sus mercancías. Como se señala en el hecho probado número 13 de la SAP, tras haberse destruido el cristal de la puerta, D. Bernardo Teodulfo y D. Raúl Elías comenzaron a recorrer muy deprisa en ida y vuelta y en numerosas ocasiones el espacio entre el Seat León y la trastienda-almacén del estanco, llegando a coger más de cien cartones

de tabaco, otras cuantas cajetillas sueltas, una bolsa y un bote de tabaco de picadura y otros efectos no especificados en la Sentencia.

El hecho de haber arrancado la reja metálica y haber roto el cristal de la puerta produjo, de por sí un gran ruido, como se señala en el hecho probado número 15. Pero es que además, como consecuencia de los desperfectos causados en el estanco, se activó la alarma que D. Norberto León tenía contratada, comenzando a sonar. Ese cúmulo de ruido hizo que D. Norberto León, su madre, su mujer y su hijo cinco meses, que además se puso a llorar, se despertaran.

Es preciso aclarar que D. Norberto León y su familia se despertaron porque **su vivienda y el estanco se hallaban conectados**. En efecto, como se explica en los hechos probados 2 a 5 de la SAP de Cuenca, no sólo es que las puertas de entrada a la vivienda y al estanco se hallaran la una junto a la otra en la misma calle, ocupando dos números consecutivos, sino que tras el mostrador se podía acceder, a través de un espacio, a la trastienda-almacén, a la que estaban entrando y saliendo D. Bernardo Teodulfo y D. Raúl Elías, **y en esa trastienda-almacén había una puerta corredera que daba, directamente, al recibidor de la casa en la que moraban D. Norberto León, su madre, su mujer y su bebé**.

D. Norberto León, se explica en el relato de hechos probados de la SAP de Cuenca, **ya había sido víctima de otros episodios semejantes**. En concreto, su estanco había sido atracado apenas dos semanas antes de los hechos objeto de enjuiciamiento, el 6 de mayo de 2011, por tres personas que llevaban guantes y coberturas en el rostro. Y el bar que también regentaba, que se hallaba en otro portal consecutivo en la misma calle en la que se encontraban su estanco y su vivienda, había sido objeto de otros dos robos a finales de 2010.

Siendo así las cosas, en el hecho probado número 16 de la SAP de Cuenca se explica que D. Norberto León, consciente de que algunas personas estaban entrando y saliendo del estanco, **«presa del pánico y temiendo por su vida y la de sus familiares (esposa, bebé y madre), manifestó a su mujer que debían subir a la parte superior de la vivienda porque las personas que se encontraban en el estanco les iban a matar (...). Norberto León recordó que tenía una escopeta de caza en un armario. Cogió la escopeta y munición para la misma, y subió con el arma, y munición, a la planta superior»**.

En los hechos probados 22 a 24 se nos explica el fatal desenlace. D. Norberto León, tras alcanzar la parte superior de la vivienda en poder del arma y de su munición, abrió una de las balconadas, la que se encontraba justo encima del bar que regentaba, y sacó la escopeta por uno de los laterales de la persiana. Como se explicita en los hechos probados, D. Norberto León, por tanto, **no llegó a tener contacto visual en ningún momento con quienes estaban sustrayendo la mercancía**, pues todo

lo que hizo fue ocultarse tras la persiana de la balconada a la que accedió y asomar por un lateral el cañón de la escopeta.

En esas circunstancias, D. Norberto León, como se dice en el hecho probado número 22 de la SAP de Cuenca, **«presa del pánico, angustiado y temiendo por su vida y la de sus ya referidos familiares (esposa, bebé y madre) (...) procedió a efectuar dos disparos con la escopeta, dirigidos hacia la zona de la CALLE000 en la que en aquel preciso momento se encontraban Bernardo Teodulfo y Raúl Elías, (y ello sin disparar previamente al aire, sin proferir previamente algunas voces que avisaran de la posesión de un arma de fuego con capacidad para ser disparada y sin dar alguna voz previa que sirviera de llamada de auxilio), con el propósito de que dichas dos personas se asustasen al escuchar los tiros y que, consiguientemente abandonasen el lugar; si bien Norberto León aceptó la realidad de cualquier posible resultado para el caso de que pudiera producirse, y todo ello sin adoptar precaución alguna para evitar tal posible resultado. La situación de importante pánico, angustia y temor de Norberto León fue la que se erigió en móvil de su protección personal y de su familia».**

De este modo, la AP de Cuenca estimó probado que, **antes que disparar la escopeta, D. Norberto León no optó por intentar seleccionar otro medio distinto** para evitar que su estanco continuara siendo desvalijado pese a reconocerse que su intención era la de ahuyentar y no herir a los atracadores. Y también se estimó probado por el tribunal *a quo* que el **miedo** fue el **único móvil** de su particular forma de actuar.

La consecuencia de este proceder fue que **el primer disparo alcanzó a D. Bernardo Teodulfo en el tórax**, a la altura de la cuarta costilla izquierda. Tras recibir el impacto de los proyectiles, D. Bernardo Teodulfo acertó a entrar en el asiento del conductor del Seat León, donde **murió casi de inmediato**. El hecho probado número 23 expresa que la causa inmediata de la muerte fue shock hipovolémico, la causa intermedia la rotura cardíaca y la causa fundamental la herida por arma de fuego.

El segundo disparo, por su parte, alcanzó en la espalda a D. Raúl Elías. Los proyectiles impactaron con especial virulencia en la zona a la altura de su escápula derecha, produciéndole pérdida de sustancia cutánea, sangrado muscular, hematoma y enfisema subcutáneo sobre dicha región, hipoventilación sobre hemotórax derecho e hidroneumotórax derecho. Sin embargo, D. Raúl Elías, pese a haber recibido una herida por arma de fuego en una zona de alto riesgo vital, **sobrevivió al disparo**. De hecho, si salió con vida fue porque, tras recibir el impacto de los proyectiles, accedió al Seat León, apartó el cuerpo de su compañero, colocándolo en los asientos traseros y condujo hasta la Roda, en Albacete, deteniéndose en el Centro de Salud de la localidad, donde fue atendido y donde se produjo el levantamiento de cadáver de D. Bernardo Teodulfo.

D. Raúl Elías, eso sí, necesitó 74 días para alcanzar su sanación. Cuatro de esos días fueron de ingreso hospitalario. Otros 35 fueron improductivos y el resto no improductivos. Como secuela, además de las correspondientes cicatrices en las zonas interesadas por el disparo, le quedaron múltiples perdigones en región torácica muscular y pulmonar.

Tras realizar los dos disparos, D. Norberto León volvió a cargar la escopeta con otros dos cartuchos, aunque dejó el arma abierta en un dormitorio de la vivienda. No efectuó, por tanto, nuevos disparos. Hacia las 5:15 horas, se explica en el hecho probado número 31 de la SAP de Cuenca, **D. Norberto León refirió a un Agente de la Guardia Civil lo ocurrido**, haciéndolo además de manera detallada.

En ese hecho número 31 también se señala un elemento de cierto interés, como se explicará más adelante. Tal hecho es que **D. Norberto León fue diagnosticado y tratado de un estado paranoide no especificado en los periodos cronológicos 1992-2000 y 2000-2003**. Aunque se puntualiza, a renglón seguido, que **en la actualidad no existe remisión** de dicho estado paranoide, por lo que podría concluirse que D. Norberto León no padece afecciones psiquiátricas de ningún tipo.

Una vez celebrado el juicio, D. Norberto León, como se explica en el hecho probado número 32, efectuó sendas transferencias bancarias: una para los padres y el hijo del fallecido, D. Bernardo Teodulfo, y otra para el lesionado, D. Raúl Elías. El fallo de la SAP, teniendo en cuenta todos estos hechos, fue el que se ha expresado más arriba: se condenó a D. Norberto León como reo de un delito de homicidio y otro de lesiones con apreciación de la eximente incompleta de legítima defensa y la atenuante de reparación del daño en la SAP de Cuenca de 28 de julio de 2015.

2.2. Los fundamentos jurídicos del TS en sede de casación

Contra la mencionada SAP formularon recurso de casación ante el TS las representaciones procesales de D. Norberto León, D. Eduardo Hilario y D.^a Susana Zaida, siendo estos dos últimos, respectivamente, el padre y la ex pareja del fallecido, D. Bernardo Teodulfo.

El recurso que nos interesa es el interpuesto por la defensa de D. Norberto León. Ello porque en su contenido se denunció, al amparo del motivo de infracción de Ley del art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), además de otros motivos de menor relevancia para el cometido de este comentario, la inaplicación de las eximentas completas de **legítima defensa**, de **trastorno mental transitorio** y de **miedo insuperable**.

Estos motivos se complementan con otro que resulta de vital importancia para la exposición de la *ratio decidendi* del Alto Tribunal en lo que atañe a la exención por miedo insuperable. Tal motivo no es otro que el

de error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos del art. 849.2.º LECrim.

Pasamos a explicar individualmente lo decidido por el TS en atención a cada uno de estos motivos de casación. Siguiendo la misma lógica del Alto Tribunal, expondremos **en primer lugar** las reflexiones sobre el **motivo referente a la modificación de hechos probados. Después** veremos **cómo se ha decidido aplicar el Derecho** a los hechos que finalmente se han tomado en consideración.

2.2.1. Sobre el motivo referente a la modificación de hechos probados según los documentos que obren en autos: los informes periciales

En lo que se refiere al motivo formulado al amparo del art. 849.2.º LECrim, hay que señalar que la representación procesal de D. Norberto León consideró **que la AP de Cuenca había prescindido, sin dar una explicación razonable, de dos informes periciales** que determinarían la existencia de un sustrato fáctico que daría pie a la estimación de la eximente de **trastorno mental transitorio o, en su caso, de miedo insuperable**.

Tales informes serían dos. Uno emitido por dos médicos forenses y aportado por ellos mismos tras reconocer al condenado y otro emitido por dos médicos psiquiatras y aportado por la representación procesal de D. Norberto León al momento de formular el escrito de defensa.

Así, el primero de los dos informes, *i.e.*, el expedido por los médicos forenses, refería, textualmente, que D. Norberto León había actuado «*en estado de ansiedad extrema (como alteración psíquica; trastorno mental transitorio), manifestado como miedo insuperable, con grave alteración total de las bases psicobiológicas de la imputabilidad (funciones cognitiva y volitiva) en relación directa de tal estado con la naturaleza del delito*». No obstante, el mismo informe también señalaba, como se reconoció expresamente por la SAP de Cuenca, que **al tiempo de los hechos el acusado no presentaba ningún tipo de corte paranoide**, «*ni como brote agudo ni como estado residual crónico*».

Por su parte, el informe emitido por los peritos de parte proclama, como señala el Alto Tribunal, que «*el acusado presenta una personalidad post psicótica residual de características paranoides compensada, enmarcando lo sucedido como grave reacción vivencial anómala con pérdida de control volitivo y confusión emocional completa. Experimentó una exacerbación de su enfermedad larvada, con brote paranoide de brusca aparición, gran intensidad y corta duración con consecuencias de trastorno mental transitorio, una perturbación mental de proporciones extraordinarias por causa externa que se une a base patológica*».

Sin perjuicio de reiterar esta idea más adelante y de complementar la con otros razonamientos, ha de retenerse ahora que los dos informes presentan una **contradicción** y una **coincidencia**. Así, la **contradicción** radicaría en el **juicio diagnóstico**: los médicos forenses hablan de una «**alteración**» de las bases psicobiológicas de la imputabilidad, mientras que los peritos de parte hablan de la «**pérdida**» de dichas facultades. La **coincidencia**, por su parte, tiene que ver con la presencia de una **causa externa** que, de un modo u otro, influyó en la capacidad de decisión de D. Norberto León: **el miedo** ante la conducta de unos individuos que habían arrancado la puerta del estanco que daba directamente a la casa en la que el condenado vivía con su esposa, madre e hijo de pocos meses.

Pues bien, la defensa de D. Norberto León señaló en su recurso de casación que la AP de Cuenca **no ofreció una explicación razonable** acerca del motivo que la llevó a rechazar lo contenido en los dos informes periciales. En efecto, se hace notar que el tribunal de instancia se limitó a aducir, por un lado, que no cabía entender acreditado el sustrato fáctico que podría determinar la estimación de la eximente de **trastorno mental transitorio** por cuanto, **según una ciencia que no llegó a explicitar en ningún momento, el trastorno mental transitorio produce amnesia siempre**. Amnesia que no se dio en D. Norberto León en la medida en que, como se expresa en el relato de hechos probados, el acusado relató lo sucedido, de manera detallada, a un Agente de la Guardia Civil a las 5:15 horas.

Y, con respecto a la acreditación de los hechos que darían pie a la estimación de la eximente de **miedo insuperable**, la AP de Cuenca también rechazó lo contenido en sendos informes porque, a su juicio, a pesar de reconocerse que D. Norberto León actuó presa del pánico, angustiado y temiendo por su vida y la de sus familiares, llegando incluso a decirse que el miedo fue el único móvil de su acción, la apreciación de la eximente requeriría, a juicio del órgano de instancia, que quien lo sufre se encuentre, según se habría decretado en otra SAP que no se menciona en el texto de la STS 240/2016, en un estado de **privación del normal raciocinio**. Y ese estado de privación de la razón tampoco se habría dado en D. Norberto León por cuanto, a pesar de la tensión del momento, señaló a su mujer lo que tenía que hacer, bajó a buscar a su madre y recordó que tenía un arma, que no dudó en utilizar, llevando a cabo todo ello en un escaso margen de tiempo.

Entrando a la estimación o desestimación del motivo de casación, el Alto Tribunal recuerda, en este punto, que la documentación de una prueba pericial no constituye un «documento» en el sentido descrito por el art. 849.2.º LECrim. Ello privaría, en principio, de prosperabilidad al motivo esgrimido por la defensa de D. Norberto León. No obstante, el TS también señala inmediatamente que, si bien esa inadmisión de los informes periciales como documentos en el sentido descrito

por el mencionado precepto es la norma general, es igualmente cierto que esa norma admite dos excepciones largamente reconocidas por la jurisprudencia.

La primera de ellas sería el supuesto en el que, existiendo en la causa como único medio de prueba sobre un determinado extremo fáctico un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, el tribunal *a quo* haya estimado probados los hechos contenidos en el informe o informes, pero los haya incorporado a la causa de una manera incompleta, fragmentaria, mutilada o contradictoria, alterando de forma relevante su contenido originario. La segunda excepción, que es la que nos interesa, se refiere al caso en el que el tribunal *a quo*, hallándose en esa misma situación en la que el único medio de prueba de un determinado sustrato fáctico sea un único dictamen pericial o varios absolutamente coincidentes, haya llegado, sobre los hechos que han de considerarse definitivamente probados, a conclusiones divergentes con el informe o informes sin dar una explicación razonable al respecto.

El TS remarca la exigencia de que, para apreciar cualquiera de las dos excepciones a la rigurosa consideración del término «documento» a los efectos del art. 849.2.º LECrim, si en la causa obran varios informes periciales, éstos han de ser **absolutamente coincidentes**.

Sobre la base de esta última consideración, cobra sentido lo que señalamos más arriba acerca de en qué elementos fácticos discrepan y en cuáles coinciden los informes periciales aportados a la causa. Así, el dictamen de los médicos forenses estimó concurrente una situación de miedo en virtud de la cual D. Norberto León experimentó una «**grave alteración**» de las funciones cognitivas y volitivas. Y el dictamen de los peritos de parte hablaba de que el miedo había redundado en una «**périda**» completa de dichas facultades.

La consecuencia de esta contradicción es que **el TS no puede entrar a revisar**, en el recurso de casación, la apreciación de la prueba **en lo que se refiere a la afectación de las facultades intelectivas y volitivas experimentada por D. Norberto León**. En otras palabras: no habiéndose declarado probada tal alteración en la SAP de Cuenca, no cabe introducirla en el debate casacional. Ahora bien, como dijimos más arriba, los dos informes en controversia consideraban concurrente una situación de «**miedo**» en D. Norberto León. Y es a partir de aquí es donde puede verse, a nuestro juicio, el **esfuerzo del TS por distinguir la fundamentación de la figura del miedo insuperable de la del trastorno mental transitorio**.

Así, el Alto Tribunal dispone que, si bien es cierto que en este recurso de casación el TS no puede entrar a discutir la mayor o menor afectación de las facultades intelectivas y volitivas de D. Norberto León en atención a las circunstancias del caso, la situación de miedo de atentado contra su vida o la de sus familiares en la que se hallaba sí que podría haber desen-

cadenado una importante consecuencia: **que la decisión del condenado no haya sido completamente libre por encontrarse en un contexto en el que los bienes jurídicos que le son más cercanos podían entenderse comprometidos.**

La idea es que, ante esa merma de libertad de elección, podría concluirse que la actuación de D. Norberto León, si bien puede reputarse antijurídica —aunque con la atenuación de la eximente incompleta de legítima defensa en su caso—, **podría llegar disculpársele por cuanto otra acción no le habría sido completamente exigible dadas las circunstancias.** El TS entiende, por tanto, que el debate sobre la merma de las condiciones cognitivas y volitivas del autor es completamente independiente al de la (in)exigibilidad de la conducta que finalmente desempeñó.

El fundamento del miedo insuperable queda enclavado en esta STS, por tanto, en el **principio de inexigibilidad.** Un principio que, si bien es tremendamente discutido aún hoy en la doctrina, sí que contribuye a afirmar la autonomía del miedo insuperable frente al resto de eximentes del catálogo del art. 20 CP. De manera notable, en este caso, con respecto al trastorno mental transitorio del art. 20.1.º CP; entiende el Alto Tribunal en esta STS que el miedo insuperable, si ha de eximir **no es por la afectación de las condiciones psicobiológicas** del imputado, lo que le privaría de la facultad de comprender el injusto del hecho o de ajustarse con respecto a dicha comprensión, pues **de eso se encargarían figuras como el trastorno mental transitorio, considerado casi unánimemente como una causa de inimputabilidad.** Antes al contrario, si el miedo insuperable ha de eximir es porque el sujeto se halla en una situación de **conflicto de intereses de tales características que otra conducta que no le es exigible.** En fin, **una cosa es la inimputabilidad** y otra bien distinta, parece entender aquí el TS, es la **exculpación o disculpa por inexigibilidad de otra conducta.**

Así las cosas, el Alto Tribunal termina estimando el motivo de casación formulado al amparo del art. 849.2.º LECrim. Ello porque, a juicio de la Sala Segunda, el proceder de la AP de Cuenca cae en la segunda excepción a la que hicimos referencia más arriba para considerar que los informes periciales pueden ser considerados como un «documento» en el sentido del mencionado precepto: hay varios informes coincidentes como único medio de prueba sobre la existencia de una **situación de miedo** que pudo mermar la capacidad de elección libre de D. Norberto León y éstos han resultado rechazados por el tribunal *a quo* sin una explicación razonable. Pues recordamos que, al respecto, la AP de Cuenca simplemente señaló que no podía considerarse que el acusado obrara impulsado por miedo si se tiene en cuenta que explicó a su familia con claridad lo que tenía que hacer y recordó que tenía guardada una escopeta de caza con la que hacer frente a los asaltantes del estanco anejo a su morada. Ello, a juicio del TS, se decide citando única y exclusivamente el

criterio de otra SAP, no mencionada en la STS que comentamos, que no sólo se apoya en valoraciones escasamente científicas sino que, además, da por ciertas conclusiones francamente discutibles.

El Alto Tribunal, en definitiva, **estima concurrente la falta de espontaneidad en la decisión** de D. Norberto León debido al miedo que éste experimentó en atención a los **bienes jurídicos que podrían hallarse comprometidos por la acción de los asaltantes**: su propia vida o integridad o la de sus familiares más cercanos. El relato de hechos probados se modifica para introducir esta previsión, constatada a la luz de los informes periciales en controversia. Con esa modificación el TS pasa a considerar los siguientes motivos de casación, formulados, al amparo del art. 849.1.º, por infracción de Ley.

En línea de principio, hemos de recordar que el TS no podría, en principio, pronunciarse sobre si debe estimarse concurrente la merma de las capacidades intelectivas y volitivas de D. Norberto León, bien como consecuencia del propio miedo o bien como consecuencia de un rebrote de su estado paranoide. El motivo de infracción de Ley por la inaplicación del **trastorno mental transitorio**, en consecuencia, parece **abocado al fracaso**, pues en el relato de hechos probados de la SAP de Cuenca no se ha señalado en ningún momento un hecho que manifieste que, al momento de efectuar los disparos, D. Norberto León no pudiera comprender lo injusto de su actuación o de comportarse de acuerdo con dicha prohibición, lo que le habría convertido en inimputable. Sin embargo, como ya hemos señalado, ello no impide que el TS se pronuncie sobre el miedo insuperable y, mucho menos, sobre la legítima defensa, pues se trata de dos eximentes con fundamentos completamente distintos y que, por tanto, exigen la acreditación de extremos fácticos diferentes.

Estas conclusiones se reflejan de modo contundente en el Fundamento Jurídico Quinto de la STS 240/2016. Incluso llega a mantenerse que, estimando concurrente la presencia de miedo en la persona de D. Norberto León, no puede derivarse, a efectos de conseguir la atenuación, una doble consecuencia de la presencia de ese miedo, como serían la merma de espontaneidad o de libertad al momento de decidir —consecuencia de enclavar el fundamento de la exención por miedo insuperable en la inexigibilidad— y la merma de las facultades intelectivas y volitivas del condenado a la hora de actuar —consecuencia de enclavar el fundamento de la exención por miedo insuperable en la inimputabilidad—. Pues hacer derivar esa doble consecuencia de un mismo elemento fáctico —el miedo— infringiría el principio *non bis in idem*. Todo ello redundaría, en definitiva, en lo que parece una defensa del Alto Tribunal del carácter autónomo del miedo insuperable frente al trastorno mental transitorio.

Hechas estas consideraciones pasamos a ver, por tanto, la discusión sobre los motivos de casación restantes.

2.2.2. Sobre el motivo referente a la infracción de Ley por incorrecta aplicación de preceptos sustantivos: legítima defensa y miedo insuperable

A pesar de que el TS se haya esforzado por mantener, hasta este punto, una argumentación que sirve para afirmar la independencia y, por tanto, la necesidad de que el miedo insuperable continúe como configurado como una eximente autónoma en nuestro ordenamiento jurídico-penal si éste pretende seguir pasando por el de un Estado social, democrático y de Derecho, lo cierto es que es precisamente cuando entra a reflexionar de los **requisitos** que han de concurrir para la aplicación de esta eximente cuando vuelve a caer en tendencias tradicionales que llevaban equiparando al miedo insuperable a otras figuras sobre las que existe un mayor acuerdo en la doctrina, privándole de sustantividad propia.

Y ello sucede, a nuestro juicio, porque en esta STS se obvia una consideración que aporta mucha luz con respecto a la interpretación pro vigencia del miedo insuperable: **el valor multifuncional del principio de inexigibilidad**. El TS termina confundiendo el miedo insuperable, como veremos más adelante, con dos figuras: por un lado, de manera clara, con el **trastorno mental transitorio**, pese a haberlo descartado más arriba; por otro lado, y de forma más velada, aunque explicaremos por qué lo creemos así llegado el momento, con los extremos que han de tenerse en cuenta para la apreciación de la **necesidad racional del medio empleado** a la hora de aplicar la eximente de **legítima defensa**. De hecho, en nuestra opinión es discutible que en este caso cupiera apreciar una exención por miedo insuperable. Aunque ello no obsta a que en el debate relativo a la aplicación o no de esta eximente el TS bien podría haber aprovechado esta oportunidad para sentar, por fin, un criterio jurisprudencial claro sobre el fundamento y la naturaleza jurídica del miedo insuperable.

a. Sobre la legítima defensa: ¿necesidad racional del medio empleado?

Pues bien, dicho esto, el TS comienza reflexionando, en el Fundamento Jurídico Cuarto acerca de la aplicabilidad, precisamente, de la eximente de legítima defensa. Algo que, per se, no habría de ser incompatible con la apreciación del miedo insuperable. Pues el Alto Tribunal reconoce, sin ambages, que el miedo insuperable, de excluir algo, excluiría la culpabilidad de la conducta. Mientras que la legítima defensa lo que excluiría sería la antijuridicidad. Sobre este debate volveremos más adelante por cuanto ciertos autores han defendido la posibilidad de que el miedo insuperable pueda ser considerado, al igual que la legítima defensa, como una causa de justificación.

Sea como fuere, lo que llama la atención de la argumentación de la Sala Segunda en sede de legítima defensa en la STS que comentamos es

su **parquedad**. En efecto, toda la *ratio decidendi* del Alto Tribunal sobre la apreciación de esta eximente se resume en un único párrafo. Un único párrafo en el que además se transcribe, de manera literal, otro de la STS 645/2014, de 6 de octubre (RJ 2014\4991). Esa transcripción se utiliza para justificar que, en el presente caso, al igual a como sucedió en el decidido por la STS 645/2014, no cabe apreciar una exención completa por legítima defensa en la medida en que se ha incurrido en una situación de **exceso intensivo**.

Sin perjuicio de recuperar más adelante, como ya decimos, esta discusión, el exceso intensivo en la legítima defensa haría referencia, como se reconoce generalizadamente en la doctrina, a aquellos casos en los que se incurre en una **desproporción en la defensa**. Pero ha de tenerse en cuenta que lo que tiene que compararse para valorar esa desproporción no es otra cosa que, por un lado, la **agresión ilegítima** que da pie a la legitimidad de la defensa que eventualmente desempeñe el agredido y, por otro, el **medio empleado para efectuar esa defensa**. Solución ésta que parece venir impuesta por el propio tenor literal del art. 20.4.º CP al disponerse, como requisito segundo para la estimación de la eximente, la concurrencia de necesidad racional para «impedirla o repelerla». Debe entenderse que ese pronombre «la» se refiere al requisito primero: la existencia de una «agresión ilegítima».

Así, siguiendo a MIR PUIG (2011, p. 448), «[e]s precisa tanto la necesidad de defenderse de alguna forma (**necesidad abstracta de la defensa**), como la necesidad del medio defensivo concretamente empleado (**necesidad de la concreta defensa**). La distinción tiene consecuencias importantes. Si falta toda necesidad de defenderse (**necesidad abstracta**), no cabe apreciar ni la legítima defensa completa ni la eximente incompleta (art. 21.1.º), puesto que falta un elemento fundamental de la eximente; si, en cambio, habiendo necesidad de defenderse, la defensa concretamente empleada es excesiva (**exceso intensivo**), podrá apreciarse la **eximente incompleta** (STS 26 jun. 73, 2 oct. 81, 30 nov. 94, 29 nov. 99)».

Hechas estas puntualizaciones, el TS considera que, en el presente caso, no cabe apreciar una exención completa por legítima defensa por cuanto la actuación de D. Norberto León incurre en un exceso intensivo. Pero se justifica esta decisión, como ya hemos dicho, con la mera transcripción de un párrafo de la STS 645/2014. Y lo cierto es que esta transcripción se efectúa de un modo tal que **se lleva a cabo dos veces la misma valoración**, como veremos más adelante, en dos sedes distintas: uno en el debate sobre la **necesidad racional del medio empleado** en lo que atañe a la **legítima defensa**, momento que nosotros consideramos correcto, y otro en el del **miedo insuperable**, lo que nosotros consideramos, en nuestra opinión, innecesario.

Y lo consideramos innecesario porque en sede de legítima defensa el análisis del TS se ha limitado en este caso a enunciar las **posibilidades** que D. Norberto León tenía a su disposición. La explicación de por qué

se atenúa más o menos la pena es, a nuestro juicio, insuficiente en esta STS, pues no se han tenido en cuenta las **concretas circunstancias** en las que se llevó a cabo por parte de D. Norberto León la ponderación sobre qué medio, de todas las posibilidades disponibles, era, a su juicio, el racionalmente necesario. En otras palabras: el debate en sede de legítima defensa concluye aquí en la idea de que estaban disponibles otras **posibilidades** menos lesivas que la realización de dos disparos con una escopeta hacia la calle en la que se encontraban los atracadores, pero se obvia cualquier consideración sobre si a D. Norberto León podía demandársele el cumplimiento de un verdadero **deber**, en atención a las **circunstancias concurrentes**, de ponderar todas las alternativas disponibles.

No hay en sede de legítima defensa, en definitiva, un debate sobre la **(in)exigibilidad de un juicio más o menos ponderado acerca de las alternativas defensivas disponibles**; éste se reserva en exclusiva para la reflexión sobre el miedo insuperable. Cuando en cambio, si se considerara, como hace VARONA GÓMEZ basándose en las teorías de HENKEL, que la inexigibilidad puede tener, en tanto principio general del Derecho con un **valor multifuncional**, además de una función fundamentadora de una eventual exención en la culpabilidad, una **función subordinada** en sede de antijuridicidad, ya podrían tenerse en cuenta ciertas consideraciones de inexigibilidad a la hora de ponderar la necesidad racional del medio empleado en legítima defensa y, por tanto, excluir estas mismas consideraciones del debate sobre el miedo insuperable. Pues, como considera generalmente la doctrina, incluso sin hacer explícita la admisión de ese valor multifuncional del principio de inexigibilidad, el término «racional», en lo que atañe a la legítima defensa, «(...) *hace suficiente una necesidad aproximada, no estricta, para cualquier persona de las características del autor, colocada en su situación en el momento de defenderse (consideración ex ante)*» (MIR PUIG: 2011, p. 448).

Así, en este Fundamento Jurídico Cuarto se señala, literalmente, lo siguiente, que resulta a su vez extraído de la STS 645/2014: *«La presencia de un desconocido que ha superado la valla que circunda un inmueble y que se encuentra a escasos metros de la vivienda que ocupa el morador, no justifica, sin más, efectuar dos disparos que acaban con la vida del intruso. Se trata de una reacción desproporcionada que justificaría, claro es, la rebaja de pena asociada al carácter incompleto de una eximente, pero nunca la exclusión de la antijuridicidad. El acusado absuelto se hallaba en el interior del habitáculo que le servía de vivienda. La víctima no había exteriorizado todavía ninguna intención de forzar las puertas y adentrarse en su interior. La posibilidad de unos disparos al aire, de unas voces que avisaran de la posesión de un arma de fuego con capacidad para ser disparada y, en fin, de una llamada de auxilio, son alternativas reales de las que no puede prescindirse en el momento de ponderar el juicio de proporcionalidad».*

Pues bien, creemos que en este caso estas afirmaciones del TS son correctas para valorar la existencia de un exceso intensivo, que, por definición, hace referencia a los casos en que, existiendo necesidad abstracta —**necesidad de la defensa en general**—, lo que falta es la necesidad concreta —necesidad de emplear el medio finalmente utilizado por **no existir alternativas menos lesivas** en atención a la intensidad de la agresión ilegítima—. En este caso parece haber alternativas menos lesivas, en atención a la entidad de la agresión —el atraco de un estanco sin aparente peligro concreto para la vida o integridad de los habitantes de la vivienda contigua— que disparar dos veces a la calle. El exceso intensivo, por tanto, parece defendible.

Ahora bien, siendo estas consideraciones a nuestro juicio correctas, lo cierto es que también nos resultan, como hemos dicho ya, incompletas. Por cuanto el TS se limita a considerar la *posibilidad* general de emplear esos medios menos lesivos —disparos al aire, advertencias de hallarse en posesión de un arma de fuego o llamadas de auxilio—. No entra a juzgar si, en las concretas circunstancias en las que se hallaba el agredido, sobre éste pesaba el *deber* de ponderar todos los medios disponibles y utilizar sólo los menos lesivos. En otras palabras, lo que no tiene en cuenta el TS es si al acusado se le puede **disculpar** de algún modo el empleo de un medio que no resulta el menos lesivo **atenuando la pena, por no serle exigible, en atención a las concretas circunstancias, efectuar un cálculo frío y preciso de todas las alternativas**. Quizás el hecho de que la Sala se haya limitado a seleccionar para pronunciarse sobre la legítima defensa un fragmento de otra STS, con un sustrato fáctico sin duda semejante pero distinto, haya influido en que se hayan obviado las consideraciones de inexigibilidad a las que nos referimos en el debate sobre la necesidad racional del medio empleado por D. Norberto León en su acción defensiva.

b. Sobre el miedo insuperable: el hallazgo de un fundamento correcto se emborrona con la exigencia de determinados requisitos

Por tanto, **toda consideración sobre la inexigibilidad se ha reservado por la Sala**, en la STS que estamos comentando, para el momento en que se entra a la reflexión sobre la posibilidad de apreciar o no en este caso la eximente de **miedo insuperable**. Algo que, de por sí, ya nos resulta discutible en atención a lo que hemos explicado en el epígrafe anterior sobre la legítima defensa. Pero es que además la exigencia por parte del TS de ciertos **requisitos tradicionales** para apreciar la exención de miedo insuperable vuelve a difuminar los perfiles de esta eximente, ya no con la de legítima defensa, sino con la de **trastorno mental transitorio**, que, como hemos visto, se había descartado hace tiempo en la resolución del recurso de casación.

La discusión sobre la posibilidad de estimar en este caso la eximente de miedo insuperable se condensa en el Fundamento Jurídico Sexto de la

STS 240/2016. En tal Fundamento, la Sala Segunda empieza reiterando la necesidad de modificar el relato fáctico de hechos declarados probados por la SAP de instancia al haberse estimado el motivo formulado al amparo del art. 849.2.º LECrim. Así, recordamos que el Alto Tribunal entendió que no podía reputarse probado, por la contradicción entre los informes periciales aportados a la causa, que D. Norberto León hubiera experimentado, al momento de actuar, una situación de tensión tal que le hubiera privado o mermado sus capacidades cognitivas o volitivas. No habría posibilidad de estimar en este caso, en consecuencia, ni una exención ni una atenuación por **inimputabilidad**. Esto excluiría del debate jurídico, por tanto, cualquier consideración sobre el **trastorno mental transitorio**.

Sí que se considera probado, no obstante, que, en la medida en que el recurrente entendió comprometida su propia vida o integridad física o la de sus familiares más cercanos, su decisión, consistente en disparar hacia el lugar en el que se encontrarían los supuestos atracadores, **no había sido completamente espontánea**. El TS parece considerar, pues, que el hecho de que D. Norberto León considerara que estaban comprometidos bienes jurídico-penales tan próximos a su persona le habría producido no una merma de su imputabilidad, cuanto una **merma de su capacidad de elegir libremente**.

La causa de esta argumentación es que el TS parece ubicar el fundamento, *i.e.*, el «por qué» de la eficacia eximente del miedo insuperable, en la tan repetida noción de **inexigibilidad**. Así, a juicio del TS, la conducta de D. Norberto León es antijurídica y no está exenta por la inimputabilidad de su actor por cuanto, a tenor de sus circunstancias, conocía lo injusto del hecho y podía ajustar su comportamiento a dicha comprensión. Pero no puede olvidarse que los bienes jurídico-penales que el autor consideró eventualmente comprometidos aquí eran, ni más ni menos, que su propia vida o integridad, la de su madre, la de su mujer y la de su hijo de cinco meses. Podría, por tanto, **disculpársele** su conducta por **no exigibilidad de una actuación distinta** en atención a las circunstancias en las que se hallaba al momento de actuar.

Y esta reflexión, como ya hemos dicho en varias ocasiones, supone un gran esfuerzo por parte del TS para dotar de autonomía al miedo insuperable frente a otras eximentes como el mencionado trastorno mental transitorio. Incluso, de otras figuras no traídas a colación en este recurso, como sería el **estado de necesidad**.

En efecto, la Sala Segunda efectúa una clara interpretación pro vigencia del miedo insuperable al señalar, en este Fundamento Jurídico Sexto, lo siguiente: «*No todos los códigos reconocen autonomía en el tratamiento del miedo insuperable. **Sí lo hace el nuestro**, como causa de exención o atenuación incompleta de la responsabilidad penal **con independencia de la regulación de la inimputabilidad** —el amedrentado es imputable— o de las causas de justificación* —sus actos son ilícitos,

antijurídicos y contra ellos cabe la legítima defensa—. Más nítidamente al suprimir la constatación de un[a] determinada entidad del la (sic) la amenaza sufrida por el amedrentado. El Código Penal ya no incluye que ese mal sea igual que el que causa quien actúa bajo miedo. Lo que remite mucho más a las circunstancias del sujeto que a las objetivas del hecho».

Esta mención al hecho de que la Ley ya no exija que el miedo lo sea por la posible causación al amedrentado de un mal igual o mayor que el perpetrado finalmente por éste, tiene que ver con la redacción dada al art. 20.6.º CP desde la aprobación del CP de 1995. En efecto, hasta entonces se exigía, para la aplicación del miedo insuperable, que el sujeto se encontrara en un conflicto de intereses tal que razonablemente pudiera pensar que el mal que se le iba a causar **resultaría mayor que el que finalmente causaría él**. Dicha exigencia se suprimió con la aprobación del (ya no tan) nuevo CP. Por lo tanto, parece que el miedo insuperable se refiere ahora a los casos en los que el sujeto, hallándose en una situación de conflicto de intereses, **opta por sacrificar el objetivamente preponderante**. Para ello es preciso que el bien jurídico-penal salvado se halle en una **conexión personal** con el sujeto que actúa bajo miedo insuperable.

Esto es lo que implica considerar que el **fundamento** de la exención por miedo insuperable se halla en la categoría de **inexigibilidad**. Y sólo de este modo se consigue, por otra parte, afirmar la independencia del miedo insuperable frente a la figura que exige, según parece entender la doctrina española mayoritaria, cuando lo que se salva es el interés de mayor importancia objetiva: **el estado de necesidad (justificante), contemplado actualmente en el art. 20.5.º CP**.

Todo ello habría de llevarnos a entender que el juicio del TS concluye en la afirmación de un espacio propio para el miedo insuperable al enclavar el fundamento, el «por qué» de su eficacia eximente, en la noción de inexigibilidad. Como no se exige salvar el interés objetivamente preponderante, el miedo insuperable se diferencia, así, del estado de necesidad. Y como tampoco se exige que el sujeto se encuentre en una situación de inimputabilidad, el miedo insuperable se distingue, de este modo, del trastorno mental transitorio. Lo único que se exige es que el individuo que se encuentre en la situación de conflicto de intereses sacrifique el que objetivamente posee una mayor importancia **porque el salvado se halla personalmente conectado al autor**. En definitiva, porque ese bien jurídico-penal le resulta, subjetivamente, más importante que cualquier otro. De manera que el ordenamiento jurídico no podría demandarle legítimamente su sacrificio si no quiere perder su condición de propio del Estado social, democrático y de Derecho. La antijuridicidad que implica dejar perecer el interés de mayor importancia objetiva habría, en fin, de disculparse por la conexión que el autor posee con el bien jurídico-penal finalmente salvado.

Sin embargo, este razonamiento, a nuestro juicio muy acertado, se distorsiona cuando el TS entra a señalar cuáles son los **requisitos** concretos que habrían de apreciarse para conceder la exención por miedo insuperable. En efecto, la Sala Segunda señala que, para estimar la exención por miedo insuperable, es necesario constatar la concurrencia de dos tipos de requisitos: unos **fácticos** y otros **valorativos**.

Con respecto a los requisitos **fácticos** señala que es lugar común en la jurisprudencia exigir los **cuatro** siguientes. **Primero**, que exista un mal que coloque al sujeto en una situación de temor invencible determinante de la **anulación de su voluntad**. **Segundo**, que dicho miedo esté inspirado en un **hecho efectivo, real y acreditado**, incluso inminente. **Tercero**, que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido de que **no sea controlable o dominable por la común de las personas con pautas generales de los hombres**. Y **cuarto**, que el **miedo** sea el **único móvil** de la acción.

El requisito **valorativo**, por su parte, lo vincula la Sala Segunda a la noción de **no superabilidad**. Y lo explica en los siguientes términos: *«exige que no se valore la reacción de manera negativa, sino que suscite **comprensión por adecuada** a lo que se estima normal en una persona que no sea de aquellas especialmente obligadas a reaccionar ante esa amenaza del mal (...) en esta valoración no resulta tan determinante la objetiva posibilidad de comportamiento diverso como la exigibilidad de éste. **No todo lo posible es en fin exigible** pues, como dice algún autorizado sector de la doctrina el Derecho Penal no es coextenso con la virtud ética, sino que se detiene en el ámbito de la garantía de coexistencia pacífica»*.

Pues bien, sin perjuicio de la reiteración que supone considerar tanto como tercer requisito fáctico y como requisito valorativo la misma exigencia de que el miedo sea invencible, creemos que la exigencia de que concurren todos estos requisitos no sólo es **innecesaria**, sino que además es **contradictoria** con la idea de que el fundamento de la exención por miedo insuperable se halle enclavada en la noción de inexigibilidad.

Es **innecesaria** porque, como ya hemos dicho, desde la aprobación del CP de 1995 ya no se exige que el miedo lo sea por un mal igual o mayor que el que el amedrentado finalmente cause con su acción. De hecho, como admite la doctrina, el hecho de que se haya suprimido el requisito de la presencia de un mal que intimide al sujeto lleva a la conclusión de que esta eximente puede apreciarse igualmente en los casos en los que el peligro es **meramente supuesto**, como incluso podría defenderse que sucede en el caso analizado. Para eximir en los casos en los que, en un conflicto de intereses, se salva el objetivamente preponderante, como parecía exigir la redacción anterior del CP, ya hay una figura: el estado de necesidad. No está fundamentada en el tenor literal de la norma, en fin, la exigencia de los requisitos fácticos primero y segundo.

Y la exigencia de la concurrencia de estos requisitos también nos resulta **contradictoria** por cuanto suponen una mezcla disfuncional de elementos de corte psicológico y de corte normativo. No tiene sentido, en fin, exigir por un lado que el miedo haya de ser insuperable en el sentido de que el común de los hombres habría actuado también antijurídicamente, lo cual disculparía el reproche penal por la conducta antijurídica desempeñada y, al mismo tiempo, continuar requiriendo que el sujeto experimente un temor determinante de la anulación de su voluntad. Pues requerir, para la apreciación del miedo insuperable, que el sujeto experimente esa anulación es lo mismo que decir que el fundamento, el «por qué» de la exención obedece a consideraciones puramente psicológicas. O, en otras palabras, que si el sujeto pierde su voluntad es porque no tenía la capacidad de determinarse conforme a la norma. Se equipara, de este modo, al miedo insuperable a la eximente de trastorno mental transitorio, que ya había sido descartada más arriba en el caso que nos atañe.

En fin, lo único en lo que coincidimos con el Alto Tribunal en este punto es que la exigencia de estos requisitos es un lugar común en la jurisprudencia. En efecto, como se cita en la STS 332/2000, de 24 de febrero (Roj. 1439), la exigencia simultánea de estos cuatro requisitos ya era algo palpable en la jurisprudencia de los años 80. Pero es que la consideración de que, para estimar el miedo insuperable, el sujeto se vea privado de su voluntad, lo que constituye el primer requisito fáctico, es una exigencia que se lleva viendo, nada más y nada menos, desde la **STS de 15 de febrero de 1890**. Creemos que hay razones de sobra para considerar, en definitiva, superada la exigencia de estos requisitos.

La mejor doctrina señala al respecto que, cuando el Alto Tribunal continúa exigiendo estos presupuestos, empaña y da al traste con los avances conseguidos al enclavar el fundamento de la exención por miedo insuperable en la categoría de inexigibilidad, lo que, como vimos, contribuye a afirmar la autonomía de esta figura. Así, en palabras de MARTÍN LORENZO (2003, pp. 613-614), la contradicción ínsita en las consideraciones del TS *«se hace más nítida si se tiene presente que los requisitos señalados se demandan con independencia de la naturaleza jurídica y presumible fundamento que, en su caso, la correspondiente resolución haya asignado a esta eximente (...)». Este amasijo de naturaleza y componentes de la causa de exención así como de requisitos heterogéneos se hace en especial patente con relación, por un lado, a la necesidad de una «anulación de la voluntad» que, por definición, no existe en las causas de inexigibilidad; y, por otro, respecto a las propiedades que debe reunir el mal que causa el miedo como su realidad, gravedad o inminencia, irrelevantes para declarar la inimputabilidad del sujeto por más que estadísticamente pueda establecerse que favorecen tal estado. En definitiva, se pretende tanto en cuestiones de naturaleza jurídica como de requisitos de la circunstancia de miedo insuperable una **convivencia imposible entre los mundos de lo psicológico y lo normativo, entre la inimputabilidad y la exigibilidad**,*

entre el efecto del miedo como emoción y el valor del miedo como fruto de determinadas circunstancias, que encontraría su lugar sistemático entre el trastorno mental transitorio y el estado de necesidad o un híbrido entre ambos. Con ello se perpetúa una **forma de operar ya largamente criticada por la doctrina**». Quince años después este juicio nos sigue pareciendo de perfecta aplicación a las consideraciones de la jurisprudencia sobre el miedo insuperable.

Mención especial nos merece, por otra parte, el modo en el que la Sala Segunda pretende tratar en la STS 240/2016 el requisito valorativo de no superabilidad del miedo. La necesidad de constatar ese requisito parece ir en la línea de permitir la entrada de consideraciones de inexigibilidad pese a exigir, en sede de requisitos fácticos, la necesidad de que el miedo anule la voluntad del sujeto activo. Esto supone de por sí una contradicción. No obstante, sobre lo que queremos llamar ahora la atención es el modo en el que el Alto Tribunal introduce aquí una serie de cuestiones que **ya había tenido en cuenta en legítima defensa**, haciendo perder todavía más autonomía, si cabe, al miedo insuperable.

En efecto, a la hora de ponderar la concurrencia del requisito valorativo, el TS formula unas elocuentes palabras que hemos resaltado a propósito: *«En esta valoración no resulta tan determinante la posibilidad de comportamiento diverso como la exigibilidad de éste. **No todo lo posible es en fin exigible** (...)»*. Coincidimos con el Alto Tribunal en esta idea. Pero en lo que no coincidimos es en la significación jurídica que debe tener aparejada.

Ello porque, a la hora de reflexionar sobre si la conducta de D. Norberto León merece una exención completa o meramente parcial por miedo insuperable, la Sala Segunda vuelve a citar, precisamente, la resolución con la que resolvió, con tremenda parquedad, la cuestión sobre la concurrencia o no de la eximente de legítima defensa: la STS 645/2014. Y lo hace, además, de una forma en la que hay una contradicción evidente: *«(...) solamente cabe estimar una exención incompleta por razón del miedo que atenazaba al autor si el acusado **pudo, y por tanto debió**, antes que afrontar el miedo disparando hacia la zona donde previsiblemente se encontraba el acusado, (debe entenderse la víctima) aprovechar la seguridad y probable superioridad que le daba estar dentro de la vivienda provisto de un arma para esperar acontecimientos, advertir a gritos y con disparos al aire, o demorar los disparos a la zona donde se escuchaba al invasor hasta cerciorarse de que el peligro era real y con entidad como para merecer semejante respuesta»*.

Dos consideraciones queríamos hacer aquí. La primera es que, pese a haber mantenido tan sólo unas cuantas líneas antes que el juicio sobre la eventual disculpa por miedo insuperable de la conducta desempeñada por el acusado no tiene que ver tanto con la posibilidad de las alternativas disponibles, cuanto con la exigibilidad de escoger una u otra en atención a las circunstancias concurrentes, aquí el TS considera que

la eximente de miedo insuperable sólo ha de estimarse, a lo sumo, de manera parcial por cuanto D. Norberto León «*pudo y por tanto debió*» emplear alternativas menos lesivas antes de disparar hacia el lugar donde previsiblemente se encontraban los atracadores. O se tiene en cuenta la posibilidad de emplear otra alternativa o se tiene en cuenta su exigibilidad; decir una cosa y después la otra es, al margen de cualquier otra consideración, un contrasentido.

La segunda es que estas mismas consideraciones sobre las otras alternativas disponibles **ya se han tenido en cuenta a la hora de descartar la exención completa por legítima defensa**. Ya llamamos la atención sobre ello más arriba. Es decir, que pretende derivarse de un mismo sustrato fáctico —posibilidad de otras alternativas disponibles— una doble consecuencia —imposibilidad de eximir por completo de pena tanto por legítima defensa como por miedo insuperable—. Y todo ello, a nuestro juicio, sin explicar exactamente qué papel debe jugar ya no la posibilidad de emplear alternativas menos lesivas cuanto si ese empleo era exigible para D. Norberto León en atención a las circunstancias concurrentes. Creemos que esta cuestión sólo puede resolverse satisfactoriamente si se reconoce un principio que, a nuestro juicio, el TS obvia de forma injustificada: el valor multifuncional del principio de inexigibilidad. Extremo este que explicaremos en los epígrafes posteriores.

Baste ahora con señalar que el Alto Tribunal finaliza su decisión estimando de forma parcial la exención por miedo insuperable. La Sala Segunda, en tanto que admitió una modificación de los hechos probados al afirmar la existencia de una merma de la capacidad de decisión libre de D. Norberto León con base en las circunstancias concurrentes al momento en que desempeñó su conducta, dicta una nueva Sentencia en la que mantiene todos los pronunciamientos de la SAP de Cuenca pero añade una **nueva atenuación por la estimación de una eximente incompleta por miedo insuperable**. El resultado es que D. Norberto León fue finalmente condenado, por el delito de homicidio cometido sobre D. Bernardo Teodulfo, a la pena de un año y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y, con respecto al delito de lesiones perpetrado contra D. Raúl Elías, a la pena de cuatro meses de prisión con igual inhabilitación especial durante el tiempo de la condena.

3. Juicio crítico

Como seguramente ya habrá advertido el lector en atención a los comentarios que hemos ido introduciendo a lo largo de este análisis de la STS 240/2016, el modo en que el Alto Tribunal procede en esta resolución a aplicar la eximente de miedo insuperable nos resulta, pese a reconocerle ciertos esfuerzos ya destacados, **francamente criticable**. De

hecho, en nuestra opinión, en el presente caso puede discutirse que la conducta de D. Norberto León, en el caso de que deba merecer algún tipo de atenuación, lo sea por haberse desempeñado al amparo del miedo insuperable en lugar de por consideraciones exclusivas de legítima defensa en cuanto a la necesidad racional del medio empleado. Pues, a nuestro juicio, en la valoración acerca de cómo el autor ha seleccionado el medio defensivo empleado de los que tenía disponibles ya deben tenerse en cuenta las particulares circunstancias en que la defensa se desenvolvió a la hora de ajustar el grado de penalidad exenta. Es decir, que, en nuestra opinión, en sede de legítima defensa ya deben jugar ciertas consideraciones de inexigibilidad, si bien de una forma meramente subordinada, en lo que tiene que ver con la consideración de si el medio concretamente empleado por el agredido es o no racionalmente necesario para conjurar la agresión ilegítima.

Dicho lo cual, lo cierto es que antes de asumir cualquier posición doctrinal, una cosa parece clara: considerar, como hace en esta STS el Alto Tribunal, que el miedo insuperable ha de eximir por la inexigibilidad de otra conducta en atención a las circunstancias concurrentes al momento de actuar y, al mismo tiempo, requerir que el amedrentado actúe con una anulación de su voluntad (requisito fáctico primero) es, se mire como se mire, una contradicción. A lo único a lo que lleva argumentar de esa manera es a equiparar al miedo insuperable al trastorno mental transitorio. Una figura que, además, en lo que atañe al presente caso, se descarta de forma casi preliminar, antes siquiera de entrar al debate sobre los motivos casacionales esgrimidos por errónea aplicación de precepto penal sustantivo.

Pues bien, como dijimos al principio de este comentario, creemos que la forma que más puede contribuir a dotar de autonomía al miedo insuperable consiste en averiguar si esta figura tiene un **fundamento** eximente propio. Recordamos que lo único que el texto del art. 20.6.º CP afirma con rotundidad es la consecuencia jurídica de la presencia de miedo insuperable en el actuar del sujeto: la exención de pena. Hallar una razón singular que justifique esa exención resulta, en fin, un poderoso argumento para defender el mantenimiento de esta figura, pues supondría reconocer que tiene un espacio propio y no abarcado por el resto de las eximentes del art. 20 CP.

Ahora bien, no debe olvidarse que nuestro país, España, se constituye como un modelo de Estado muy concreto: el Estado social, democrático y de Derecho. Y esto condiciona la forma en que su Derecho penal está —o debe estar— configurado. Ello porque el poder punitivo de este modelo estatal está inspirado y, sobre todo, limitado por una serie de principios característicos. El fundamento que propongamos para el miedo insuperable ha de ser, por tanto, no sólo autónomo del resto de eximentes, sino, además, compatible con los postulados del Derecho penal del Estado social, democrático y de Derecho.

Sólo una vez que se haya enunciado de manera convincente este fundamento nos hallaremos en posición de reflexionar sobre la otra incógnita tradicional del miedo insuperable: su **naturaleza jurídica**, entendiendo por tal la ubicación dogmática de la eximente en una u otra de las categorías de la teoría jurídica del delito. Pero esta cuestión ha de resultar, en todo caso, posterior al hallazgo del fundamento, pues si no se logra hallar siquiera una razón que justifique el mantenimiento de la eximente, la discusión sobre en qué momento del delito ésta habría de enclavarse es absolutamente estéril. Por otra parte, las conclusiones halladas en sede de fundamento habrán de tenerse muy en cuenta a la hora de considerar la naturaleza jurídica de esta eximente; las razones que inspiran la exención, por ejemplo, por ausencia de antijuridicidad son bien distintas de aquellas que sólo excluyen la culpabilidad. Las consecuencias, tanto teóricas como prácticas, de que la figura en cuestión tenga una u otra ubicación dogmática, también lo son. En definitiva, que para poder saber «**cómo**» se produce la exención por miedo insuperable —**naturaleza jurídica**—, antes hay que explicar «**por qué**» ha de producirse la misma —**fundamento**—. Y la respuesta a ambas preguntas ha de ser perfectamente coherente entre sí.

Pues bien, desde nuestro punto de vista, ante la ausencia de argumentos convincentes en la jurisprudencia, creemos que, a día de hoy, la explicación dada por autores como VARONA GÓMEZ sigue siendo perfectamente aplicable. Y eso que la misma ya fue enunciada en 1998, el año de conclusión de su tesis doctoral sobre el miedo insuperable. Sus argumentos tampoco están exentos, como seguro estará pensando el lector, de crítica. Pero nos llama la atención, en definitiva, que en la jurisprudencia no sólo no se haya efectuado esta debida crítica a sus planteamientos, sino que parece que la praxis judicial aún está lejos, siquiera, de incorporarlos al debate procesal.

Expondremos en lo sucesivo los argumentos de su reflexión sobre el miedo insuperable, comenzando por el fundamento y terminando por la naturaleza jurídica. Después nos pronunciaremos sobre la solución personal que propondríamos para el caso de la STS 240/2016.

3.1. Sobre el fundamento: ¿«por qué» ha de eximir el miedo insuperable?

Así, VARONA GÓMEZ considera que el **fundamento** del miedo insuperable, entendido como el conjunto de razones que justifican o legitiman el reconocimiento legal de una figura, se halla en la idea de que el sujeto que obra bajo su influjo lo hace porque se encuentra en unas circunstancias tan extremas que el ordenamiento jurídico, si ha de pasar por el propio de un Estado social, democrático y de Derecho, no puede demandarle un comportamiento distinto a aquel que ha llevado a cabo.

Es decir, que el fundamento del miedo insuperable se hallaría, según este autor, en la idea de la **inexigibilidad de otra conducta**.

Esta idea no es, ahora bien, ni novedosa ni desconocida. De hecho, el TS defiende esta misma idea en la resolución comentada, como hemos tenido ocasión de ver. Y como esa STS, también en muchas otras. El problema está en cómo se ha entendido en ocasiones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, que está caracterizada dicha categoría. Pues, como hizo notar en su momento MARTÍN LORENZO (2003, p. 622), voces muy autorizadas de la doctrina han enclavado tradicionalmente la idea de inexigibilidad en un **sustrato psicológico**, como podría ser la idea de que el sujeto, en las condiciones en las que actúa, se halla en una situación en la que no es «normalmente motivable» por la norma.

La jurisprudencia también ha acudido, en no pocas ocasiones, a consideraciones psicológicas. El Alto Tribunal, en la STS objeto de análisis, sin ir más lejos, parece seguir esta tendencia, pues es cierto que señala que el fundamento de la exención es la idea de inexigibilidad, pero, al propio tiempo, demanda la anulación de la voluntad del sujeto para que quede exento de pena por miedo insuperable. La consecuencia de caracterizar psicológicamente la idea de inexigibilidad es la de que el miedo insuperable pierde su autonomía en favor de otra figura que sí que posee un sustrato psicológico: **el trastorno mental transitorio**.

Si se quiere hallar un fundamento autónomo para el miedo insuperable ha de explicarse la inexigibilidad de otra manera distinta. Y, precisamente, VARONA GÓMEZ busca esta explicación alternativa acudiendo, para ello, a las **doctrinas de justificación del castigo en el Estado social, democrático y de Derecho**. Es decir, desde las **teorías de la pena** aplicables a este modelo de Estado. Pues, en su opinión, si estas teorías se encuentran en disposición de explicar por qué una conducta ha de ser punida en ese contexto jurídico-político, también habrían de explicar, en ese mismo contexto, por qué otras conductas, como las desempeñadas bajo miedo insuperable, una causa de inexigibilidad, habrían de quedar exentas.

Así las cosas, el mencionado autor expone sus reflexiones con referencia tanto a las **teorías preventivas o utilitaristas** como a las **teorías retribucionistas y mixtas**. Y **descarta** que, en el miedo insuperable, **puedan tenerse en cuenta las primeras**. Ello por una razón que, a nuestro juicio, tiene toda lógica.

La idea subyacente a las **teorías utilitaristas** es que la pena persigue una **función preventiva**. No cabrá imponer una pena, por tanto, si ésta no resulta *necesaria* para conseguir esa función. Pues bien, pensemos en los casos a los que parece hacer referencia el miedo insuperable: situaciones de conflictos de intereses en los que el sujeto no salva el objetivamente preponderante, sino aquel al que se halla personalmente

vinculado. Un enfoque utilitarista, que pretende explicar la pena en términos de, como dice el propio VARONA GÓMEZ, «felicidad colectiva», llevaría, necesariamente, a castigar estos comportamientos: otra consideración podría dar carta de naturaleza al egoísmo individual como título para eximir de pena (VARONA GÓMEZ: 2001, p. 143-149).

Desde el punto de vista del autor, por tanto, la exención por miedo insuperable no puede entenderse desde consideraciones de utilidad colectiva, sino de motivos puros de Justicia. Ha de acudirse, por lo tanto, a las **teorías retribucionistas o mixtas** para explicar el fundamento de la exención por miedo insuperable. Para ello, VARONA GÓMEZ señala que, en la medida en que estas teorías centran su enfoque, en mayor o menor medida, en el *merecimiento* del castigo, lo que habrá de analizarse es si, en las conductas desempeñadas bajo miedo insuperable, concurren razones que permiten afirmar la **responsabilidad individual** del sujeto por el hecho cometido. Es decir, si, en atención a las circunstancias en las que el autor ejecutó el hecho aparentemente delictivo, es legítimo que el ordenamiento determine su culpabilidad por el mismo.

Pues bien, sin necesidad de entrar en la espinosa cuestión de si el fundamento material de la culpabilidad debe explicarse conforme a si el sujeto «podía obrar de otro modo», lo cierto es que, como mínimo, puede considerarse que el sujeto no ha de ser reprochado por su conducta si, por la situación en la que se hallaba, no tuvo ni siquiera una **justa oportunidad** de comportarse de otra manera distinta a como lo hizo. Y esa justa oportunidad faltaría, por ejemplo, en los casos en los que el sujeto se encuentre **personalmente vinculado con alguno de los bienes jurídico-penales** incursos en una situación de conflicto de intereses. Pues en ese caso es claro que el sujeto no se hallará en la misma situación que otro que no posea dicha vinculación; una decisión tomada en tales circunstancias no es libre, pues hay una predisposición subjetiva a obrar de una determinada manera, aunque no sea la deseada, en general, por el Derecho.

Y aquí es donde reside la originalidad y, desde nuestro punto de vista, la eficacia del planteamiento de VARONA GÓMEZ. Pues si de lo que se trata es de explicar, como hemos señalado más arriba, «por qué» el Derecho penal de un Estado social, democrático y de Derecho debe contemplar eximentes como la del miedo insuperable, es porque los principios inspiradores del mismo así lo exigen. Uno de ellos es el de respeto a la **autonomía y dignidad humanas**. Y es que, como ya hemos mantenido en otros lugares, para cada uno de nosotros, los intereses que nos resultan más cercanos son más importantes que cualesquiera otros. Cuando el Derecho reconoce esto, efectúa una distinción entre el **ciudadano** —ente sujeto a los deberes objetivos que le impone el Derecho—, y la **persona** —ente con autonomía y dignidad que puede y debe defender legítimamente sus propios intereses—. Por tanto, si nuestro Derecho penal quiere

ser respetuoso con los principios y fines del Estado social, democrático y de Derecho, debería acoger esta distinción. Y el miedo insuperable parece el escenario propicio para ello.

Con esta reflexión se conseguiría, pues, un fundamento autónomo para esta figura perfectamente coordinado con los postulados que proclamaría nuestro modelo de Estado. El miedo insuperable ofrece una razón eximente en aquellas situaciones de **conflicto de intereses** en las que el sujeto se halla **personalmente vinculado** a uno de los bienes jurídico-penales en controversia. Así, si opta por salvar no el objetivamente preponderante, sino el subjetivamente preferido, el Estado no podrá demandarle responsabilidad individual por ello, pues su decisión no ha resultado libre. Cualquier otra actuación le resultaría, en definitiva, inexigible.

3.2. *Sobre la naturaleza jurídica: ¿«cómo» exime el miedo insuperable?*

Queda por ver, sentado el «**por qué**» de la exención por miedo insuperable, «**cómo**» tiene lugar dicha exención. De lo que se trata ahora, en fin, es de explicar en qué categoría de la teoría jurídica del delito ha de producirse esta exención partiendo del fundamento previamente explicado.

Pues bien, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias han ubicado al miedo insuperable en la categoría de **culpabilidad**. Ello por una sencilla razón: porque el concepto de inexigibilidad se acuña en la doctrina alemana cuando se supera la **concepción psicológica** de la culpabilidad y se sustituye por una **concepción normativa**.

Según la teoría psicológica de la culpabilidad, para que un hecho antijurídico fuera imputable a su autor, era preciso que se afirmase la existencia de un nexo entre dicho hecho y la mente de tal autor. Esto llevaba a ubicar, por lo tanto, el dolo en la culpabilidad. Esta teoría, no obstante, tropezaba en el momento en el que era preciso dar una explicación convincente acerca de dos fenómenos. Uno de ellos era la **culpa consciente**. Y otro de ellos era el caso en el que un sujeto, aun siendo imputable y actuando de forma dolosa, podía reputarse disculpado en atención a lo excepcional de las circunstancias en las que obró. Este último fenómeno es el de las conocidas como **causas de exculpación o de disculpa**, entre las que tradicionalmente se ubica tanto al estado de necesidad exculpante, reconocido en la legislación penal alemana, y nuestro miedo insuperable.

Para superar estos escollos comienza a elaborarse en Alemania, a principios del siglo XX, por medio de la obra de autores como FRANK y su «Sobre la estructura del concepto de culpabilidad», de 1907, la **teoría normativa de la culpabilidad** (AGUADO CORREA: 2004, p. 9). Simplificando mucho las cosas, la idea subyacente a esta concepción normativa es la siguiente: siempre que, en atención a las circunstan-

cias concurrentes al tiempo de la actuación delictiva, al sujeto le fuera *exigible* el respeto a la norma, podrá culpársele por el hecho cometido. Si las circunstancias hacían *inexigible* la observancia de la norma, no habría responsabilidad. Así, con ello se consiguió, por un lado, afirmar la culpabilidad de los autores de delitos cometidos bajo imprudencia consciente. Y, por otro, excluir dicha culpabilidad en los casos de sujetos que, en una situación de conflictos de intereses, salvan aquél que les es más cercano, aun cuando suponga un sacrificio del objetivamente preponderante.

La inexigibilidad, por tanto, aparece en su nacimiento relegada al plano estricto de la culpabilidad. La generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia han seguido esta misma idea y han enclavado, tradicionalmente, al miedo insuperable, en tanto figura fundada en la idea de inexigibilidad, en esta misma categoría del delito. Aunque ello lo hayan hecho, en ocasiones, volviendo a exigir requisitos de corte psicológico para la estimación de la eximente, como hemos visto que se ha hecho —y se sigue haciendo— en no pocas ocasiones.

Ahora bien, lo cierto es que en este terreno no puede obviarse la aportación de ciertos autores que han defendido que el miedo insuperable ha de ser no una causa de inculpabilidad, sino una **causa de justificación**. Y ello lo han hecho considerando igualmente que la exención por miedo insuperable se funda en consideraciones de **inexigibilidad**. Nos estamos refiriendo a voces tan autorizadas como las de GIMBERNAT o GÓMEZ BENÍTEZ. ¿Cómo es esto posible?

Lo cierto es que la noción misma de inexigibilidad parece encerrar dentro de sí una contradicción. Pues, si la idea que subyace a este principio es que el ordenamiento jurídico no puede punir legítimamente las conductas que se desempeñen en situaciones extremas por cuanto el común de los ciudadanos también actuaría de la misma manera a como ha hecho el autor, ¿tiene algún sentido considerar que esa concreta conducta sigue estando prohibida? ¿De verdad sigue tratándose, por tanto, de una conducta antijurídica? Como certeramente señaló SCHMID-HÄUSER, citado por VARONA GÓMEZ (1998, p. 46), *«la formulación «exigibilidad/inexigibilidad» sólo puede, en relación con la «obediencia al Derecho», designarse como desafortunada, porque esa expresión da una molesta impresión: como si el ordenamiento jurídico no se tomara en serio sus propias exigencias y por así decirlo limitase en la culpabilidad nuevamente lo que en el injusto exige»*.

La solución de este problema pasa por reconocer lo siguiente: si hay coincidencia en que el miedo insuperable es una figura que está fundamentada en la idea de inexigibilidad, y esa idea parece que admite cierta discusión en sede de antijuridicidad, tal vez lo determinante para explicar «cómo» se produce esa exención en sede de miedo insuperable sea explicar «cómo» **funciona la inexigibilidad, si es que puede hacerlo, en las distintas categorías del delito**. De forma que sólo en

aquella categoría en la que ofrezca razones para fundamentar materialmente una exención será aquella en la que pueda incardinarse el miedo insuperable.

Esta premisa exige, necesariamente, una comprobación previa: ¿puede el principio de inexigibilidad desempeñar algún cometido fuera de la categoría de culpabilidad, donde nació a principios del siglo xx? Desde nuestro punto de vista, imbuido por la concepción de VARONA GÓMEZ, así es.

En efecto, como el mencionado autor destaca, el principio de inexigibilidad puede ser considerado, desde la obra de HENKEL —«Exigibilidad e inexigibilidad como principio jurídico regulativo», publicada en 1954—, como un **principio general del Derecho** que no sólo tiene aplicabilidad en todas las categorías jurídicas del delito, sino en **todas las ramas del ordenamiento**, y no sólo en el Derecho penal. ¿O acaso no juegan consideraciones de inexigibilidad en la tipicidad misma cuando, a la hora de configurar los tipos omisivos se introducen cautelas que impiden el nacimiento del deber jurídico de actuar cuando el obligado pueda ponerse en riesgo personal? Y el principio *rebus sic stantibus*, típico del Derecho privado y del internacional, ¿acaso no está regido por estas mismas consideraciones de inexigibilidad?

Desde HENKEL se reconoce el conocido como **valor multifuncional del principio de inexigibilidad**, una noción a la que ya hemos hecho mención en otros puntos de nuestro discurso. La idea es, por tanto, que este principio actúa, además de en todas las áreas del ordenamiento jurídico, en las distintas categorías de la teoría jurídica del delito. Pero no en todas actúa —o debe actuar— de la misma manera. Hay algunas en las que el Derecho penal del Estado social, democrático y de Derecho sí admite que exima de pena. Pero hay otras en las que no.

Para resolver la cuestión sobre en qué categorías del delito el principio de inexigibilidad posee una función fundadora de la exención, tal vez sea oportuno recordar a qué situaciones se refiere la eximente española basada en este principio, el miedo insuperable. Como ya hemos explicado, esta figura parece ideada para eximir de pena en aquellos supuestos de conflicto de intereses en los que el autor opta, en lugar de por salvar el interés objetivamente preponderante, aquel con el que está personalmente implicado. Puede concluirse, por tanto, que si en un conflicto de intereses no hay ningún bien jurídico-penal con el que el autor esté especialmente vinculado, la hipotética exención no podrá venir dada por consideraciones de inexigibilidad. Sino por otros criterios como, por ejemplo, el salvamento del interés preponderante. Esta última sería, precisamente, la idea inspiradora del estado de necesidad, entendido en España como una causa de justificación.

Por tanto, el hecho de que se reconozca un valor fundador de la exención al principio de inexigibilidad en los casos de miedo

insuperable implica reconocer, previamente, una premisa: que el Derecho penal que reconozca la eficacia eximente del miedo insuperable posee un **dobles nivel de valoración** para determinar la exención de determinadas conductas. Un nivel es el que estaría constituido por supuestos que el Derecho resuelve de manera imparcial; o sea, aquellos casos en los que el juicio sobre la responsabilidad penal se efectúa sin tener en cuenta la eventual vinculación personal de los intervinientes. El otro, por supuestos que se resuelven por el ordenamiento de forma parcial; *i.e.*, teniendo en cuenta esa especial vinculación de los sujetos en conflicto.

Pues bien, las **primeras situaciones** determinan que la eventual exención se produzca por motivos de **antijuridicidad**, cuya mirada se dirige al ciudadano medio. Mientras que, por el contrario, cuando el Derecho atribuye eficacia eximente a supuestos que se resuelven de forma parcial, sólo se puede acudir, según la tesis de VARONA GÓMEZ, a la categoría del delito en la que se han de tener en cuenta las especiales circunstancias del sujeto interviniente: la **culpabilidad**.

Por ejemplo, en el estado de necesidad, el ordenamiento jurídico efectúa una valoración imparcial porque parte de que ninguno de los intervinientes en el conflicto de intereses se halla especialmente vinculado a los bienes jurídico-penales en controversia. De manera que sólo podrá eximirse de pena cuando se salve el objetivamente preponderante. Por eso en España esta figura puede considerarse como una causa de justificación. En el momento en que uno de los sujetos se encuentre personalmente vinculado en el conflicto de intereses, el Derecho penal, si quiere continuar siendo el propio de un Estado social, democrático y de Derecho, respetuoso con la dignidad de la persona, no puede efectuar un juicio que desconozca de esa vinculación. El conflicto debe resolverse, por tanto, de forma parcial. Así, si se salva el interés preponderante, la conducta seguirá sin ser antijurídica. Pero si se salva el interés de menor importancia objetiva sólo porque es aquel con el que el sujeto se hallaba personalmente vinculado, es cierto que la conducta ha de ser considerada antijurídica. Sin embargo, no ha de considerarse culpable por cuanto el ordenamiento jurídico-penal no podía demandar ese salvamento en atención a las particulares circunstancias en las que obró. Otra conducta es, en definitiva, inexigible.

En eso, y no en otra cosa, consiste, a nuestro juicio, el miedo insuperable: en permitir una exención penal **sólo por la preferencia subjetiva del autor** por salvar sus propios intereses por encima, incluso, de los objetivamente preponderantes. O, como resume con elocuencia STRATENWERTH, citado por VARONA GÓMEZ (1998, p. 131): *«la norma fundamental del comportamiento entre personas es el mandato que obliga a respetar a otro como, en principio, jurídicamente igual (...) cuando se causa un daño mayor, es preciso recurrir a la magia del pronombre «mío» para eludir la responsabilidad penal»*.

3.3. *Sobre la solución dada por la STS 240/2016: ¿qué sucede en la legítima defensa?*

Y esto nos lleva a otra conclusión. De reconocerse el valor multifuncional al principio de inexigibilidad, dicho principio sólo podrá fundamentar la exención, como hemos visto, en sede de culpabilidad, pues es la categoría del delito en la que el ordenamiento tiene en cuenta las especiales características del autor. Por lo tanto, en la antijuridicidad la inexigibilidad puede tener una función, como la califica el propio VARONA GÓMEZ, meramente **subordinada** de otras consideraciones.

Esta función subordinada puede verse en diferentes previsiones. Una de ellas es la que hemos explicado más arriba al mencionar las cautelas que se tienen en cuenta a la hora de tipificar como delito comportamientos omisivos. Y otras son, por ejemplo, las modulaciones que se permiten a la hora de valorar cómo el sujeto ponderó las alternativas disponibles antes de lesionar otros bienes jurídico-penales en figuras como el estado de necesidad —requisito de proporcionalidad— o la legítima defensa —necesidad racional del medio empleado—.

No debe olvidarse lo que acabamos de enunciar: **en sede de antijuridicidad el ordenamiento efectúa una valoración imparcial** de las situaciones aparentemente delictivas. Por lo que la exención no puede venir dada por el principio de inexigibilidad. Otra solución sería incompatible con el principio de igualdad: si los sujetos se encuentran en la misma posición frente al Derecho, el Derecho les ha de tratar como jurídicamente iguales. Por eso en el estado de necesidad la razón de la exención no tiene nada que ver con preferencias subjetivas de los intervinientes, pues ambos se encuentran en una posición jurídica idéntica.

Pero en sentido contrario, si los sujetos no se encuentran en la misma posición frente al Derecho, éste no podrá tratarlos como jurídicamente iguales. Cualquier otra solución resoluciona sería injusta. El agresor es ilegítimo. La defensa es legítima. Y aquí el juicio sigue siendo igualmente imparcial.

Por tanto, en una y otra figura la razón que funda la exención es objetiva. La inexigibilidad no puede fundar esa exención. Pero, a nuestro juicio, lo que sí puede determinar la inexigibilidad, no obstante, es que el juicio de responsabilidad se vea atenuado en atención a determinadas circunstancias concurrentes.

Así, por ejemplo, en sede de legítima defensa no podrá apreciarse la exigente completa si, pese a existir una agresión ilegítima, la reacción defensiva es desproporcionada en atención a las alternativas disponibles. Esto es lo que da pie a la situación ya tratada de exceso intensivo. No obstante, no debe olvidarse que la necesidad de emplear un concreto medio de defensa debe considerarse, como dispone el art. 20.4 CP, de forma «racional». Y esa idea de «racional» parece que apela, precisamen-

te, a que se han de tener en cuenta, para valorar la ponderación de esas alternativas defensivas disponibles, las circunstancias concurrentes en el momento de actuar. Es decir, consideraciones de (in)exigibilidad.

Como ya expusimos más arriba, la necesidad racional del medio empleado hace referencia a una necesidad no estricta, sino meramente aproximada, teniendo en cuenta, en un momento *ex ante*, no sólo las condiciones personales del autor sino también las concurrentes al momento de actuar. Desde nuestro punto de vista, por tanto, en sede de legítima defensa no hay obstáculos a que pueda atenuarse la responsabilidad en caso de exceso intensivo si se tiene en cuenta la ponderación que al sujeto pudiera resultarle exigible en atención a las circunstancias concurrentes. Y es que el legislador parece demandar que se tenga en cuenta el contexto a la hora de apreciar una mayor o menor atenuación de la responsabilidad al exigir que la necesidad del medio empleado sea meramente «racional».

El Alto Tribunal obvia, a nuestro juicio, el valor multifuncional del principio de inexigibilidad en la STS comentada y entra, sin ser a nuestro juicio necesario, en consideraciones de miedo insuperable cuando lo que está haciendo realmente es ponderar si el medio defensivo empleado por D. Norberto León es o no racionalmente necesario a tenor de las circunstancias concurrentes. Pues préstese atención a que en el Fundamento Jurídico Cuarto, cuando se excluye la exención completa por legítima defensa, y en el Fundamento Jurídico Sexto, cuando se alude a las consideraciones sobre inexigibilidad de otra conducta, se menciona exactamente lo mismo: los medios efectivamente disponibles, que serían, de menos a más lesivos, llevar a cabo una llamada de auxilio, advertir de la presencia de un arma de fuego, efectuar disparos al aire y, finalmente, disparar contra los atracadores.

Nos resulta llamativo que el Alto Tribunal haga referencia, en sede de miedo insuperable, a que «[e]n esta valoración no resulta tan determinante la objetiva posibilidad de comportamiento diverso cuanto la exigibilidad de éste». Lo que se acerca mucho a consideraciones de autores como MIR PUIG cuando señalan que en las situaciones de exceso intensivo la defensa «podría **y debería** adoptar una intensidad menor» (MIR PUIG: 2011, p. 448). No se entiende, en definitiva, por qué el Alto Tribunal, que distingue tan nítidamente entre la **posibilidad** de emplear alternativas menos lesivas y el **deber** de examinarlas como dos categorías absolutamente distintas se centre sólo en la posibilidad y obvie la (in)exigibilidad de ponderarlas a tenor de las circunstancias cuando enjuicia la concurrencia o no de la legítima defensa cuando doctrina y jurisprudencia parecen coincidir en que la necesidad del medio empleado sólo puede entenderse como racional si también se tienen en cuenta, como hemos repetido ya en otras ocasiones, las circunstancias concurrentes en el caso.

Por lo tanto, en nuestra opinión, el reproche penal de D. Norberto León, en caso de merecer atenuación, podría haberse efectuado sin ne-

cesidad de estimar la concurrencia de miedo insuperable. Bastaba con centrarse en torno a sí, en sus circunstancias, le era exigible, en sede de legítima defensa, una ponderación más detenida sobre el medio, de todos los disponibles más proporcionado a la agresión.

Sea como fuere, doctrina y jurisprudencia también parecen ir, en no pocas ocasiones, en la línea de aplicar conjuntamente una y otra eximente cuando se trata de situaciones de exceso intensivo de la defensa, por lo que nuestra solución ni está —ni debe estar— exenta de crítica.

Aun con esas, creemos que el miedo insuperable no goza, aún a día de hoy, de un tratamiento suficientemente detallado por la jurisprudencia. Sin embargo, nos resulta muy positivo que el TS despliegue un especial esfuerzo en posicionar el fundamento de esta eximente en consideraciones normativas, alejadas del sustrato psicológico exigido en las SSTs más tradicionales.

Parece, en fin, que a pesar de su compleja historia, hay esperanzas de supervivencia para nuestro miedo insuperable.

4. Bibliografía

- AGUADO CORREA, T. (2004): *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Granada: Comares.
- MARTÍN LORENZO, M. (2003): *El inextricable efecto eximente del miedo insuperable: problemas legales de una fundamentación convincente de la exención de la pena*, en Octavio De Toledo y Ubieto, E.; Gurdíel Sierra, M., y Cortés Bechiarelli, E. (coords.): *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (pp. 607-653). Valencia: Tirant lo Blanch.
- MIR PUIG, S. (2011): *Derecho penal: Parte general*, Barcelona Reppertor.
- VARONA GÓMEZ, D. (1998): *La eximente de miedo insuperable (art. 20.6.º CP)* (tesis doctoral), Universidad de Girona, Girona.
- VARONA GÓMEZ, D. (2001): «El miedo insuperable: ¿una eximente necesaria? Reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Núm. 7. 2.ª Época: pp. 139-175.

